قيد النظام العام
على الاجتهاد القضائي في الزواج المختلط

الأستاذة زلاسي بشرى[1]

مقدمـة

كان الناس منذ بداية البشرية، ومازالوا في حاجة للعيش والتعامل بعضهم مع بعض، مما دفعهم إلى الاختلاط والتزاوج خارج إطار الجماعة وهذا ما يعرف بالزواج المختلط، بالرغم من وجود بعدد ثقافي وديني، وغياب ماضي مشترك في غالب الأحيان بين الزوجين. ولقد ورد الزواج المختلط في مختلف الشرائع السّماوية، منها الشريعة اليهودية والمسيحية والإسلامية، إلا أنها اختلفت كل منها في تحديد أحكامه وشروطه وكذلك أسباب تحريمه.

فالشريعة الإسلامية تعتبر الزواج المختلط ذلك الميثاق الغليظ الذي تتوحد به الأنفس والعقائد، وعلى هذا الأساس ضبطت الزواج المختلط وقيدته بقيود لا يجوز مخالفتها سواء للمسلم الذي لا يجوز أن يتزوج ممن تخالفه في العقيدة، أو المسلمة التي لا ينكحها إلا مسلم.

فالزواج المختلط أضحى ظاهرة عالمية اجتماعية وقانونية، فهو اختلاط نجده غالبا بين الدول الإسلامية خاصة منها معظم دول المغرب العربي، والدول الغربية الأوروبية خاصة منها فرنسا. وإذا كان الزواج المختلط ظاهرة قانونية في مجال القانون الدولي الخاص، كونه أكثر العلاقات تعرضا للتنازع بين القوانين، لأن الأنظمة التشريعية الدولية أخضعت مسائل الأحوال الشخصية بصفة عامة والزواج بصفة خاصة إلى قواعد وأحكام آمرة كونه وثيق الصلة بالمفاهيم السياسية والاجتماعية والدينية لنظام معين.[2]

1- أستاذة بكلية الحقوق. جامعة سعد دحلب – البليدة.

2- د. محند أسعد، **القانون الدولي الخاص، قواعد النزاع**، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989، ص296.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فهذه الاختلافات التشريعية شكلت المنبع الرئيسي لنشوء النزاعات القانونية الدولية، وهي اختلافات تتمحور في غالب الأحيان حول أحكام عقد الزواج أي انعقاده وآثاره وانحلاله، وهي اختلافات سائدة خاصة بين الأنظمة العربية الإسلامية والدول الغربية العلمانية التي استمدت العديد من أحكامه من القواعد العامة للقانون الكنسي والروماني[1].

كل هذه الاختلافات جعلت القاضي يعلق تطبيق القانون الأجنبي المختص بشرط عدم المساس بالأسس الجوهرية لنظامه القانوني الوطني وهذا ما يعرف بالنظام العام الذي يكتسي أهمية بالغة لدى الدول العربية الإسلامية عامة ودول المغرب العربي خاصة ومنها المشرع الجزائري الذي أخضع كافة مسائل الأحوال الشخصية لقانون الجنسية وعبّر على ذلك بتعبيرات مختلفة في القانون المدني[2]

إلا أن هذا الدفع سيعرقل دون شك من وظيفة قاعدة الإسناد التي تعد وسيلة فنية لحل التنازع بين القوانين، كما قد يكون إجحافا حين يمتد أثره إلى الحقوق المكتسبة في الخارج ومنعه لسريان آثارها في دولة أخرى.

وإذا رجعنا إلى القانون الجزائري نجده قد وضع كغيره من الأنظمة القانونية قواعد إسناد تحكم الزواج المختلط سواء في القانون المدني[3] وقواعد أخرى مكملة لها في قانون الأسرة،[4] وقانون الحالة المدنية[5].

وإن كان النظام العام يعتبره المشرع الجزائري كصمام أمن (une soupape de sécurité) يدفع به ضد كل قانون أجنبي مخالفا للمبادئ الجوهرية لدولته وليحل في الأخير محله في الاختصاص، فهل هناك للاجتهاد القضائي من سبيل في أداء دورا توفيقيا بين المصلحة الوطنية، والتكيف بينها وبين القانون المخالف في بعض القواعد والنصوص القانونية الخاصة بشروط انعقاد الزواج المختلط ؟

وللإجابة عن هذه الإشكالية قمنا بتقسيم هذه الدراسة على النحو التالي:

المبحث الأول: الشروط الموضوعية لعقد الزواج والقانون الواجب التطبيق في عقد الزواج المختلط.

1- د. عبد الفتاح كبارة، **الزواج المدني ومشروع قانون الأحوال الشخصية اللبناني**، ط1، بيروت، دار النفائس، 1998، ص63

2- القانون المدني رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26 والمتضمن القانون المدني

3- قانون رقم 84-11 المؤرخ في رمضان 1404 الموافق لـ 9 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة معدل ومتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005

4- قانون الحالة المدنية الصادر بأمر رقم 70-20 مؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389 الموافق لـ 1970 يتعلق بالحالة المدنية

5- د. علي سليمان، **مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري**، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1984، ص63.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الأول: الشروط الموضوعية لعقد الزواج.

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق في عقد الزواج المختلط.

المبحث الثاني: الشروط الشكلية لعقد الزواج والقانون الواجب التطبيق في عقد الزواج المختلط.

المطلب الأول: الشروط الشكلية لعقد الزواج.

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق في عقد الزواج المختلط.

الخاتمة.

المبحث الأول: الشروط الموضوعية لعقد الزواج والقانون الواجب التطبيق في عقد الزواج المختلط

يعتبر عقد الزواج واقعة مادية وقانونية تربط بين الرجل والمرأة، ولكي يكون صحيحا يجب أن يتضمن شروطا موضوعية تحكمه وهذا ما جرت عليه غالبية دول العالم، إلا أن هناك من اعتبره نظاما دينيا محضا، واعتبره آخرون نظاما مدنيا كالقوانين العربية وبعض القوانين الغربية كالمشرع الفرنسي، وهناك من اعتبر شروطه الموضوعية شروطا شكلية كالقانون اليوناني مثلا،[1] وهذه الاختلافات تزداد حدتها عندما يكون أطراف عقد الزواج مختلفي الجنسية (الزواج المختلط) مما يؤدي إلى نزاعات قانونية قد تؤدي إلى استبعاد القانون الأجنبي المختص باسم النظام العام السائد في كل دولة، وإن كانت هذه الاختلافات قد تكاد تكون منعدمة بين الدول العربية الإسلامية التي جعلت الشريعة الإسلامية صاحبة الولاية العامة لعقد الزواج[2].

ولهذا حتى نبرز المفهوم المخالف لعقد الزواج وما ينجر عنه من تنازع القوانين في الزواج المختلط، يجب أن نجري نوعا من المقارنة بين التشريع الجزائري فيما يخص هذه الشروط والقانون الواجب التطبيق في عقد الزواج المختلط بينه وبين التشريع الفرنسي.

المطلب الأول: الشروط الموضوعية للانعقاد.

استمد المشرع الجزائري كغيره من النظم القانونية العربية أحكام عقد الزواج من الشريعة الإسلامية، وهذا ما نصت عليه المادة 222 من قانون الأسرة

1- د. الطيب زروني، **"أثر اختلاف ديانة الزوجين أو جنسيتهما في الزواج المختلط، تعليق على فتوى شرعية المجلس الإسلامي الأعلى"**، في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزائر، ديوان النشر الجامعي، ع... 1993، ص 947.

2- عبد الرحمان الصابوني، **شرح قانون الأحوال الشخصية السوري في الزواج والطلاق**، ط5، دمشق، المطبعة الجديدة، 1978، ص81.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وكذلك المادة1 ف2 من القانون المدني، وأهم هذه الشروط، الرضا والولّي والشاهدان والصداق وتوافر الأهلية وخلو العقد من الموانع الشرعية للزواج.

الفرع الأول: الرضـا

اجتمعت دول العالم على أنه لا زواج بدون رضا (Nul le mariage sans consentement)، واتفق فقهاء الشريعة الإسلامية أن عقد الزواج من العقود الثنائية الذي يستوجب فيه توافر ركن العاقدان والمحل والصيغة[1].

والمشرع الجزائري اعتبر الرضا كركن أساسي يقوم عليه عقد الزواج في نص المادة 9 من قانون الأسرة: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"، وفي حالة تخلف هذا الركن يعد عقد الزواج باطلا بطلانا مطلقا، وهذا ما نصت عليه المادة 33 من قانون الأسرة. وحتى يكون الرضا صحيحا شرعا وقانونا يجب أن يكون خاليا من العيوب كالتدليس والحيل والخداع وكذلك الإكراه،[2] وهذا ما أكدت المادة 13 قانون الأسرة.

وما استقرت عليه الدول العربية الإسلامية أن رباط الزواج هو من العقود المدنية، وإن كان مع ذلك يحمل طابعا دينيا[3].

أما التشريع الفرنسي بدوره اعتبر ركن الرضا أساسي لصحة الزواج واعتبر الزواج نظام مدني إجباري، مع بقاء المشرع محتفظا بالقواعد العامة للقانون الكنسي والروماني لأنهما يشكلان المصدر الأساسي للقانون[4].

وبالمقارنة مع النظام الجزائري، لقد سمح القانون الفرنسي[5]المساكنة الحرة بين شخصين من نفس الجنس عن طريق إبرام عقد بينهما.

الفرع الثاني: الوّلي والشاهدان والصداق

1- حضور الولي (الولاية على النفس)

إن أمر الزواج في الإسلام ليس قاصرا على الزوجين فقط، بل هو ممتد إلى الأسرة إذ يجب أخذ رأي هذه الأخيرة عند تزويج المولّى عليها، ويشترط جمهور الفقهاء الولي في هذا الزواج إلا الحنفي[6] وأدلتهم في ذلك من الكتاب والسنة، وهذه

1- د. عبد الرحمان الصابوني، **شرح قانون الأحوال الشخصية السوري في الزواج والطلاق**، ط5، دمشق، المطبعة الجديدة، 1978، ص81

2- حكم القضاء الجزائري، الصادر عن مجلس قضاء سيدي بلعباس في 1968/12/21 تحت رقم 1986/517

3- عبد الفتاح كبارة، **الزواج المدني ومشرع قانون الأحوال الشخصية اللبناني**، ط1، بيروت، دار النفائس، 1998، ص95

4- نفس المرجع، ص41

5- La Loi n°99-944 du 15/11/1999 relative au pacte civil de solidarité e du concubinage

6 - إمام محمد كمال الدين، **الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي**، ط1، بيروت، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ص.ص106، 107.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الولاية تكون على البالغة العاقلة، فزواجها لا ينعقد بإرادتها المنفردة بل بحضور الوّلي،[1]وهذه الولاية اعتبرها المشرع الجزائري كركن للعقد، وهذا ما نصت عليه المادتين 9مكرر و11 من قانون الأسرة، بينما قوانين عربية أخرى اعتبرتها شرط لصح العقد[2].

ويعد هذا الشرط من النظم الغريبة عن النظام الوطني الفرنسي.

2- حضور الشاهدين:

حضور الشاهدين يعني الإعلان والإشهار عن الزواج، وهذا هو مغزى الشارع الإسلامي لقول الرسول -عليه الصلاة والسلام-: "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل"[3].

فحضور الشاهدين دليلا لإثبات وإظهار آثار الزواج القانونية أمام القضاء، ورغم أن الشهادة عند جمهور الفقهاء تعد شرطا لصحة العقد إلا أن المشرع الجزائري اعتبرها ركنا في العقد بنص المادة 9مكر سالفة الذكر، لكنه لم يرتب على انعدامها البطلان بنص المادة 33 من قانون الأسرة، ويبدو أن هذا الشرط لا يعمل به في القانون الفرنسي، بل يعتبره إجراءا شكليا فقط.

3- الصداق:

يعتبر الصداق من الحقوق المالية التي رتبها الشارع الحكيم، فهو الحق المالي الذي يجب على الرجل لامرأته بالعقد عليها أو الدخول بها كرمز لرغبته في الاقتران بها في حياة دائمة وشريفة ملؤها الاطمئنان والسعادة.[4] والصداق في القانون الجزائري ركنا أساسيا لصحة عقد الزواج بنص المادة 9مكرر سالفة الذكر، (Elément constitutif du mariage) خلافا لبعض القوانين العربية كالمشرع التونسي مثلا الذي اعتبره شرط صحة استنادا لقوله تعالى: ((لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة)) [5]

والظاهر من نص المادة 15 قانون الأسرة أن المشرع الجزائري متناقضا في موقفه من الصداق عندما اعتبره ركنا في العقد ثم أجاز تأجيله. وهذا الشرط يعد شرطا غير معروف في القانون الفرنسي وسائر الأنظمة الغربية، إلا أن محكمة

1- عبد العزيز سعد، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري**، دار هومة، 1996، ص120.
2 ـ إمام محمد كمال الدين، مرجع سابق، ص 107.
3- رواه الدار قطاني وابن حبان في صحيحه.
5- د.العربي بلحاج، **الوجيز في شرح قانون الأسرة االجزائري**، ج1، الزواج والطلاق، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1999، ص99.
6- سورة البقرة، الآية 236.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

النقض الفرنسية أقرّت بنظام المهر في قرار صدر في 1978/04/04 باعتباره غير مخالف للنظام العام الفرنسي.[1]

4- توافر الأهلية وخلو العقد من الموانع الشرعية:

أ- الأهلية:

يعتبر عقد الزواج من التصرفات التي تقتضي توفر الأهلية الكاملة لما ينجم عنه من حقوق وواجبات اجتماعية، ولهذا حدد المشرع الجزائري سن أهلية الزواج في المادة 7 من قانون الأسرة بتمام 19 سنة للرجل والمرأة، وفي حالة الضرورة يمكن للقاضي أن يرخص بالزواج قبل هذا السن.

كما رتب المشرع الجزائري عقوبة جنائية لكل من ضباط الحالة المدنية أو قاضي الأحوال الشخصية، وكذلك الممثلين الشرعيين في حالة عدم احترامهم للسن الشرعي ساعة انعقاد الزواج.[2] وإن كان سن أهلية الزواج يختلف في تحديده بين القوانين المغربية كالمشرع التونسي والمغربي وأيضا بعض الدول العربية الأخرى.

أما المشرع الفرنسي بدوره حدد أهلية الزواج، وسمح لكل من بلغ السن القانوني الحق في الزواج بمفرده وبدون حتى رضا الأبوين ودون إعلامهما، كما أجاز أيضا لمن لم يبلغ سن الرشد القانوني الحق في الزواج بشرط موافقة والديه أو بعض الذين يمثلون السلطة الأبوية[3] وخلافا للقانون الجزائري هنا فإن المرأة يزوجها وليّها أو أحد أقاربها حتى وإن بلغت سن الزواج القانوني.

ب- خلو العقد من الموانع الشرعية:

بينت الشريعة الإسلامية هذه الموانع ووضعت لها أحكاما تضبطها، وتكون غير قابلة للتغيير ولا مجال فيها للاجتهاد، حيث أن غالبية الفقهاء يعتبرونها من الأركان الأساسية لانعقاد الزواج، ومن هنا يعد الزواج باطلا إذا تم بإحدى المحرمات والموانع، إذ يجب التفريق بين الزوجين قبل الدخول أو بعده[4]. وهذه المحرمات مقسمة في الشريعة الإسلامية إلى نوعين:

- المحرمات المؤبدة: وهي المحرمات بسبب القرابة والمحرمات بسبب المصاهرة والمحرمات بسبب الرضاع لقوله تعالى: ﴿**حرمت عليكم أمهاتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت....**﴾[5].

1- J.C.P. **Droit international privé : conditions de fond**, Jacques Mestre, Fasc. 5461992, p.32

2- د. العربي بلحاج، المرجع السابق، ص63

3 - Jean Carbonnier, introduction à l'étude de Droit civil, T1, 7ème éd., Paris: Presse universitaire de France, 1967, pp 322-323

4- د. العربي بلحاج، المرجع السابق، ص95

5- سورة النساء، الآية: 23

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

- المحرمات المؤقتة: وهي زوجة الغير والمعتدة من الغير، والمطلقة ثلاث طلقات متتاليات ومن لا تدين بدين سماوي، والجمع بين أكثر من أربع زوجات وكذلك الجمع بين الأختين أو من في حكمهما[1] ويترتب عن الزواج بإحدى المحرمات الفسخ لكن مع ثبوت النسب ووجوب الاستبراء بنص المادة 34 قانون الأسرة الجزائري.

و هذه الموانع نص عليها المشرع الجزائري في قانون الأسرة المواد: 24 و30 و08 شأنه في ذلك شأن غالبية الدول العربية الإسلامية باستثناء بعض دول المغرب العربي كتونس مثلا التي منعت تعدد الزوجات، واعتبرت التعدد جريمة تستوجب العقاب.

والملاحظ أيضا أن المشرع الفرنسي كغيره من القوانين الغربية نظم موانع الزواج، ورتب البطلان المطلق لعقد الزواج في حالة مخالفتها وهذا إلا تأكيد لانتمائه للقانون الكنسي المسيحي، وهي تتمثل في موانع بسبب النسب والمصاهرة ومنع عدم احترام مدة ثلاثمائة (300) يوم بعد وفاة أو طلاق (Le délai de la viduité) ومانع تعدد الزوجات[2].

ويبدو أخيرا أن الاختلافات شاسعة حول الشروط الموضوعية لعقد الزواج في التشريع الجزائري كمثالا عن الأنظمة القانونية العربية الإسلامية والتي يجمع فيها بين الجانب المالي والرضائي في عقد الزواج والتشريع الفرنسي كمثالا عن الأنظمة القانونية الغربية المسيحية التي تعتبر عقد الزواج من نوع خاص، وكل ما هو مالي يتفق عليه لاحقا.

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق في عقد الزواج المختلط.

يعد قانون الجنسية كضابط استناد أساسي في عقد الزواج كونه يكتسي طابعا دينيا محضا (Empreinte religieuse) سواء كان ذلك عند الدول الإسلامية كالجزائر وهذا من خلال نص المادة 10 قانون مدني، أو عند بعض الدول الغربية مثل فرنسا كونه يشكل الرّباط الديني والقومي للانتماء[3] ، وهذا ما يزيد من حدة التنازع بين قواعد الإسناد كونها مصاغة انطلاقا من المصلحة الوطنية.

وفي هذا الصدد ظهرت آراء فقهية حول كيفية تطبيق القانون على الشروط الموضوعية في عقد الزواج المختلط، فهناك من نادى بالتطبيق الجامع أي أن تتوافر في كل من الزوجين الشروط التي يتطلبها القانونان معا،[4] بينما الاتجاه الثاني نادى

1- راجع سورة النساء الآيات: 24 و3 و23

2- Jean Carbonnier، المرجع السابق، ص331 وما بعدها

3 - Henri Battifol et Paul Lagarde, Droit international privé, T1 Paris, générale de droit et de jurisprudence, 1974, p352

4- د. عز الدين عبد الله، **تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين**، ج2، القاهرة، دار النهضة العربية، 1974، ص63

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

بالتطبيق الموزع، ويعد هذا الأخير الرّأي الأقرب إلى الصواب عند غالبية الأنظمة التشريعية أي يجب تطبيق الشروط الموضوعية المطلوبة على كل فرد في قانونه،[1] خاصة وأن قواعد الإسناد تطغى عليها خاصية الازدواجية. والتطبيق الموزع أخذ به المشرع الجزائري من خلال نص المادة 11 قانون مدني والمادة 97 فـ1 و2 قانون الحالة المدنية، إلا أن المشرع استفرد بنص المادة 13 على تطبيق قانونه الوطني إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج فيما يتعلق بشروط صحة الزواج وكذلك آثاره وانحلاله إضافة إلى ذلك المادة 221 من قانون الأسرة، وكل مخالفة لهذه الشروط الموضوعية تعد مساسا بالنظام العام.[2]

إلا أن الاتجاه الأخير تعترضه صعوبات في حالة تطبيق موانع الزواج التي تتطلب التطبيق الجامع لدى الأغلبية التشريعية الدولية، إذ لا يمكن أن تتحقق لأحد طرفي العقد دون تأثيرها في الطرف الآخر، وبالتالي يصبح الزواج باطلا كونه مخالفا للنظام العام السائد في أحد القانونين[3] وهذا ما أقرّه أيضا القانون الفرنسي الذي طبق الموانع تطبيقا جامعا واعتبر ذلك من صميم النظام العام.[4]

ولهذا سوف نبين مانع اختلاف الحالة الدينية للزوجين ونظام تعدد الزوجات من فكرة النظام العام.

الفرع الأول: مانع اختلاف الحالة الدينية للزوجين.

وهذا المانع نبينه في حالتين:

1- حالة زواج الجزائرية المسلمة:

طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ونص المادة 30 سالفة الذكر من قانون الأسرة يعتبر باطلا،[5] ومخالفا للنظام العام والآداب حكم زواج جزائرية مسلمة مع غير المسلم سواء كان الزواج داخل الوطن أو خارجه وهذا ما أكدته المادة 24 قانون مدني.

كما يبطل الزواج في حالة ما إذا ارتد الزوج عن الإسلام، وهذا بنص المادة 32 قانون الأسرة. أما في فرنسا يعتبر هذا المانع مخالفة للحرية الفردية ومبدأ المساواة بين المجنسين ومن هنا عدا ذلك مخالفة للنظام العام الفرنسي[6].

1- د. أحمد عبد الكريم سلامة، **تأملات في ماهية قاعدة التنازع، المجلة المصرية للقانون الدولي الخاص**، القاهرة، ع 51، 1995، ص137

2- عبد العزيز سعد، **نظام الحالة المدنية في الجزائر**، ط2، الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر، 1999، ص276

3 - د. فؤاد عبد المنعم رياض ود. سامية راشد، الوجيز في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، القاهرة، دار النهضة العربية (بدون تاريخ ص 197

4- Jacques Mestre، المرجع السابق، ص28

5- راجع التعليمة الوزارية (عن وزري الداخلية والعدل) رقم286 صادرة بتاريخ 1967/01/02.

6- Kessmat El Gueddawy, **Relations entre système confessionnel et laïc** en **droit. international privé**, Paris, Bibliothèque de droit international privé 1997, p131

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

2- حالة زواج الجزائري المسلم:

للجزائري حق الزواج مع من تخالفه دينا (أهل الكتاب) ويعد زواجه صحيحا إذا تم في الخارج بشرط عدم مخالفة الشروط الموضوعية لصحة العقد، بينما زواجه بغير ذات الدين فهو زواج باطل وفقا للشريعة الإسلامية، وصحيحا في نظر القانون الفرنسي.

الفرع الثاني: نظام تعدد الزوجات

سمح المشرع الجزائري بالتعدد كغيره من الدول الإسلامية وهذا طبقا لنص المادة 8 من قانون الأسرة سالفة الذكر، بينما القانون الفرنسي منعه سواء أبرم العقد داخل أو خارج التراب الوطني، فهو زواج باطل مخالفا للنظام العام،[1] أما آثاره تبقى خاضعة لسلطة القاضي التقديرية في إطار الأثر المخفف للنظام العام.[2]

وما يمكن استنتاجه أن ما أكد عليه المشرع الجزائري من خلال النصوص الخاصة بالشروط الموضوعية والقانون الواجب التطبيق عليها في الزواج المختلط لا يمنح للقاضي سبيلا لاستعمال سلطته التقديرية ليجتهد فيها خاصة ما إذا كان عقد الزواج أحد أطرافه جزائريا أو تنفيذ ما ترتب عليه من آثار أمام القضاء الجزائري، فهي كلها نصوصا تمثل الأسس الجوهرية للنظام العام الجزائري.

المبحث الثاني: الشروط الشكلية لعقد الزواج والقانون الواجب التطبيق في عقد الزواج المختلط.

يخضع عقد الزوج لشروط شكلية لعلانيته وإثباته، كونه تصرف قانوني تشترك في إنشائه إرادات أو أكثر.

والشروط الشكلية يقصد بها كل الإجراءات الخاصة بالاختصاص والنشر والمعارضة، والزواج بالوكالة وشهوده وتحريره،[3]وهذا ما أكد عليه الاجتهاد الفقهي المعاصر، حتى يضفي عليه الطابع الرسمي والذي به يتصدى للدعاوى الباطلة إما بإدعاء الزواج أو إنكاره.[4] وهذه الشروط عملت بها النظم القانونية العربية الإسلامية، رغم أن الشريعة الإسلامية لا تفرق بين الشروط الموضوعية والشكلية، وكذلك النظم القانونية الغربية رغم الاختلافات السائدة فيما بينها حول هذه الشروط.

ولهذا سوف نوضح موقف المشرع الجزائري من هذه الشروط مقارنة مع النظام الفرنسي، ليتبين لنا النزاعات القانونية التي تنشأ حول صحة الزواج المختلط

1- « La profondeur de la civilisation française, c'est le mariage monogamique » – راجع نفس المرجع، ص138.

2- د. زروتي الطيب، **القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنة بالقوانين العربية**، ج1، الجزائر، مطبعة الكاهنة، 2000، ص278.

3- د. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 70

4- د. محمد كمال الدين إمام، **الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي**، بيروت، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 1993، ص83

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبرم تبعا للقانون الأجنبي أو وفقا للقانون الوطني عن طريق رجال السلك الدبلوماسي المعتمدين والذي قد يستبعد إذا كان مخالفا للنظام العام لدولة القاضي.

المطلب الأول: الشروط الشكلية لعقد الزواج

تخضع الشروط الشكلية لعقد الزواج في القانون الدولي الخاص لقانون محل الإبرام،[1] إلا أن تكييف الشروط الخاصة بشهره في حالة تسجيل عقد الزواج المختلط تتوقف على النظام السائد في دولة قاضي الموضوع ما إذا كان مدنيا أو دينيا،[2] ولهذا سوف نوضح أهم الشروط التي يتطلبها القانون الجزائري سواء كان تسجيل الزواج داخل التراب الوطني أو خارجه وهذا مقارنة مع النظام الفرنسي.

الفرع الأول: تسجيل عقد الزواج والأشخاص المكلّفين به داخل التراب الوطني

يعد عقد الزواج في القانون الجزائري عقدا مدنيا مطبوعا بطابع ديني[3]، ومحافظة عليه أخضعه للصيغة الرسمية من خلال مجموعة من القيود الإدارية (التسجيل والإشهار) حتى يرتب آثاره القانونية.[4] إن تسجيل عقد الزواج في الجزائر يكون إما عن طريق ضابط الحالة المدنية (L'officier de l'état civil) أو أمام الموثق (Le Notaire) أو القاضي (Le Juge) وهذا ما نصت عليه المادة 18 قانون الأسرة: "يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين 9 و9مكرر من هذا القانون"، وكذلك المادة 71 من قانون الحالة المدنية.

وحتى يتمكن كل من الزوجين الحصول على دفتر عائلي، يجب أن تتضمن وثيقة عقد الزواج كل العناصر الأساسية المتعلقة بهوية الزوجين والشهود والموظف المحرر لعقد الزواج مع التوقيع،[5] وتدوينها في سجل الحالة المدنية، وهذا ما نصت عليه المادة 6 من قانون الحالة المدنية. ونظرا للأهمية التي يكتسبها عقد الزواج، ألزم المشرع التأكد من مدى توافر كل الشروط الموضوعية التي يتطلبها القانون لعقد الزواج، وهذا ما نصت عليه المادة 18 من قانون الأسرة سالفة الذكر.

الفرع الثاني: تسجيل عقد الزواج والأشخاص المكلفين به خارج التراب الوطني

مكن المشرع الجزائري رؤساء البعثات الدبلوماسية والمراكز القنصلية تسجيل عقد زواج رعاياهم وكذلك السلطة المحلية بالخارج، مع احترام الشروط

---

1 - د. علي علي سليمان، نفس المرجع، ص70

2 - د. الطيب زروتي، المرجع السابق، ص153

3 - «Un mariage musulman a sans doute un caractère religieux, mais il ne donne pas lieu à une cérémonie de caractère analogue à celle des religions et juive ». راجع: Dh. Marchand… etc, le mariage mixte Franco-musulman, Alger, librairie Ferrarie 1956, p14

4- د. العربي بلحاج، المرجع السابق، ص133

5- د. عبد العزيز سعد، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري**، مرجع سابق، ص161

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الأساسية المنصوص عنها في القانون الوطني، وهذا ما نصت عليه أيضا المادتين 96 و97 من قانون الحالة المدنية.

ويعتبر تسجيل عقد الزواج أمام ضابط الحالة المدنية وفقا لقانون مكان الإبرام مقبولا إذا تم التسجيل على الشكل المدني أما تسجيله وفقا للشكل الديني يعتبر باطلا، لأن هذه المراسيم الدينية تعد من الشروط الشكلية في القانون الجزائري،[1] كما بإمكان الجزائريين إعادة تسجيل زواجهم لدى الأعوان الدبلوماسيين التابعين لهم في الخارج طبقا لنص المادة 103 من قانون الحالة المدنية.

أما عن الدول الغربية، فهناك من نظر إلى شهر الزواج على أنه شرطا موضوعيا يجب أن يتم أمام أحد رجال الدين تعبيرا عن الإرادة الإلهية،[2] أما الأغلبية ومنهم فرنسا اعتبرت هذا الشهر من الشروط الشكلية، وأن نظام الزواج نظاما مدنيا يتم أمام ضابط الحالة المدنية دون أسبقية إبرامه أمام رجال الدين وإلا عد الزواج باطلا ومساكنه غير شرعية.

أجاز أيضا القانون الفرنسي الحق لرعاياه إبرام الزواج في بلد أجنبي إما أمام رجال السلك الدبلوماسي المعتمدين أو أمام السلطة المحلية في البلد الأجنبي، بشرط إشهار مشروع زواجهم مسبقا في فرنسا.[3]

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق في عقد الزواج المختلط

تسند الشروط الشكلية لعقد الزواج المختلط وفقا للرأي الراجح في المجتمع الدولي إلى قانون مكان الإبرام واستثناءا للقانون الوطني عن طريق أعوان السلك الدبلوماسي المعتمدين، ومن خلال هذا سوف نوضح النزاعات القانونية التي تدور كما أكد أغلبية الكتاب حول مراسيم الزواج[4].

الفرع الأول: قاعدة إسناد شكل التصرف لقانون مكان الإبرام (Locus régit – actum)

وفقا للاعتبارات العملية التي عرفها التعامل الدولي، يجوز لأي شخص أينما وجد تحرير عقد زواجه، وقد يكون صحيحا ويرتب آثاره في الدول الأخرى[5].

ورغم عالمية قاعدة إسناد شكل التصرف لقانون مكان الإبرام، إلا أن صحة عقد الزواج من حيث الشكل في البلد الذي انعقد فيه لا يتماشى في أغلب الأحيان مع الاختلاف القضائي الدولي في تكييف الشروط الشكلية للزواج بصفة عامة وعقد

1- د. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص72
2 ـ د. عبد الفتاح كبارة، المرجع السابق، ص41
3 ـ نفس المرجع، ص80
4- 2 Alex Weill et François Ferre, **Droit civil : les personnes, la famille des incapacités**, 5ème éd. Dalloz, 1983, p220-225
5- د. الطيب زروتي، المرجع السابق، ص153

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الزواج المختلط بصفة خاصة بين الأنظمة القانونية، ومن ناحية أخرى تمسك أغلبية الأنظمة بفكرة النظام العام الخاصة بالشروط الموضوعية عند تسجيل عقد الزواج.

والمشرع الجزائري أخذ كغيره من الأنظمة بهذا الضابط وهذا ما نصت عليه المادة 19 فـ1 قانون مدني وكذلك المادتين 95 و97 من قانون الحالة المدنية سواء تم الزواج بين جزائيين، أو بين جزائري وأجنبية بالخارج، ونفس القاعدة تسري كذلك على الأجانب في الجزائر.

1- الزواج المختلط للجزائريين في الخارج

على ضوء القانون الجزائري يسمح للرعايا الجزائريين في الخارج إبرام عقود زواج على ضوء قاعدة (Locus) مع غيرهم من الأجانب، شريطة عدم مخالفة الشروط الأساسية للزواج الواردة في القانون الوطني تماشيا مع النظام العام، وهذا ما أكدت عليه أيضا المادة 10 فـ1 قانون مدني.

إلا أن المشرع الجزائري اعتبر الزواج صحيحا في الخارج إذا تم بدون أي شكل أو ما يعرف بـ "الزواج الرضائي" (Union consensuelle sans formes extérieures) باعتبار أن عقد الزواج يمكن إثباته بكافة طرق الإثبات استنادا لرأي غالبية الفقهاء المسلمين[1].

وانطلاقا من مفهوم نص المادة 31 قانون الأسرة يجوز للجزائريات الزواج أيضا بالأجانب في الخارج شريطة أن يكون الزواج مع مسلم، وإلا عد باطلا في الجزائر.

إلا أن هذا الزواج المحلي يمكن إعادة تسجيله في سجلات القنصلية الجزائرية، والحصول على وثيقة عقد الزواج وهذا ما نصت عليه المادة 103 من قانون الحالة المدنية.

ومقارنة بالقانون الفرنسي أجاز بدوره لرعاياه (ذكورا وإناثا) الزواج بالأجانب في الخارج وفقا للقانون المحلي بشرط أن لا يخالف هذا الأخير نظامه العام الوطنين وأن لا يكون بهدف الغش نحو قانونهم الوطني وإلا عد باطلا، كما أوجب عليهم إشهار زواجهم مسبقا في فرنسا[2] (La publication préalable)، كما سمح لهم حق تسجيل زواجهم في سجلات القنصلية الفرنسية بالخارج[3].

2- الزواج المختلط للأجانب في الجزائر.

أجاز المشرع الجزائري للأجانب تسجيل زواجهم المختلط وفق الشكل المحلي الجزائري وفقا لنص المادة 71 قانون الحالة المدنية، أما إذا تبين لكل من

1- Paul Lerebourg – Pigeonniere et Yvon Loussouarn, Droit international privé 8e éd. Dalloz, 1962, p403

2- د. بلقاسم أعراب، **القانون الدولي الخاص الجزائري وتنازع القوانين**، الجزائر، الزيتونة للإعلام والنشر، (دون تاريخ)، ص222

2- Paul Lerebourg – Pigeonnière et Yvon Coussouarn، المرجع السابق، ص537

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ضابط الحالة المدنية أو الموثق ما يمس النظام العام الجزائري، يجب إطلاع وكيل الدولة بذلك[1]

أما إذا كان أحد أطراف العقد جزائريا يجب حصول كلا الطرفين على الإذن بالزواج من المصالح المعنية،[2] أما زواج الجزائرية بأجنبي يستدعي كذلك حصول هذا الأخير على ترخيص من مصالح شؤون الأجانب بالجزائر بعد التأكد من إسلامه[3].

وإن كان القانون الجزائري يتفق مع العديد من الأنظمة الغربية على أن الزواج هو نظام مدني إلا أن هذا لا يمنع من وجود تنازع قانوني في الزواج المختلط الذي يخضع في غالب الأحيان لقانونيين مختلفين، فالقانون الجزائري لا يكتفي كغيره من توافر الشروط الشكلية اللازمة لقانون محل الإبرام لصحة الزواج، بل يجب احترام الشروط الأساسية لهذا العقد وفقا للنظام العام الوطني إذا كان أحد طرفي العقد جزائريا، وإلا عد العقد باطلا ومن هنا لا يجوز لأي ذي مصلحة الاحتجاج به أمام القضاء.[4]

الفرع الثاني: قاعدة إسناد شكل التصرف للقانون الوطني (Forme diplomatique ou consulaire)

أجازت غالبية التشريعات الدولية ومنهم المشرع الجزائري حق إبرام عقد الزواج أمام أعوان السلك الدبلوماسي في الدول المعتمدين فيها، وهذا ما نصت عليه المادة 96 من قانون الحالة المدنية، إلا أن الجزائري الذي يريد أن يبرم عقد زواجه مع أجنبية يجب أن تكون لها جنسية البلد المضيف وإلا لا يعتمد بهذا العقد إلا إذا تم تسجيله في البلدان التي ستحدد بمرسوم وهذا ما نصت عليه المادة 97 فـ3 قانون الحالة المدنية، بينما القانون الفرنسي منع تسجيل عقد زواج مختلط على الشكل الدبلوماسي يتضمن أحد رعاياه إلا أمام الأعوان الدبلوماسيين الفرنسيين المعتمدين في الدول المحددة بمرسوم[5].

وبناء على مبدأ المعاملة بالمثل سمح المشرع الجزائري للأجانب أن يسجلوا عقد زواج مختلط أمام رجال السلك الدبلوماسي المعتمدين فوق التراب الجزائري بشرط أن يكون أحد الزوجين حاملا لجنسية بلد القنصل، [6] وخلافا للقانون الفرنسي الذي أقر ببطلان الزواج يكون أحد أطرافه من التابعين لرجال السلك الدبلوماسي

3- نفس المرجع، ص407

4- راجع المنشور الوزاري الصادر عن وزارة الداخلية الذي تم توزيعه على الولاة بتاريخ 1980/02/11 في مرجع عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، المرجع السابق، ص276

3 - نفس المرجع، ص268

4- د. الطيب زروتي، **أثر اختلاف الحالة الدينية للزوجين أو جنسيتهما في الزواج المختلط**، المرجع السابق، ص933

5 Coussouarn ، المرجع السابق، ص538Paul – Lerebourg – Pigeonnière et Yvon

2- . الطيب زروتي، **القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية**، المرجع السابق، ص157

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المتعمدين فوق ترابه، أو أحد أطرافه من الرعايا الفرنسيين[1]. ونستنتج هنا أن فكرة الاحتجاج بصحة عقد الزواج المختلط الذي تم وفقا للشكل الدبلوماسي لصيقة بالنظام العام الوطني، وكل مخالفة لذلك يعد الزواج باطلا.

الخـاتمـة:

لقد وضع المشرع الجزائري أحكام عقد الزواج بصورة عامة وشروط انعقاده بصورة خاصة لأحكام آمرة لا يجوز مخالفتها، واعتبرها من صميم النظام العام الآمر الذي يجعل منه مجالا خصبا لتنازع القوانين مع نظم مغايرة له في الزواج المختلط، مما يؤدي حتما إلى الاختلاف في اختيار قاعدة الإسناد من طرف قاضي الموضوع كونها مصاغة لحماية المصلحة الوطنية ومن هنا الحق للقاضي باسم النظام العام استبعاد القانون الأجنبي المختص وتطبيق مكانه قانونه الوطني، وهذا ما أكدت عليه المادة 24 قانون مدني، كغيره من النظم القانونية الدولية التي تستمد قوتها من مبدأ دولي سامي وهو مبدأ السيادة التشريعية الوطنية، والدليل على ذلك ندرة المعاهدات الدولية إن لم نقل انعدامها. فلا يمكن للقاضي الجزائري هنا أن يجتهد في نصوص تشريعية صريحة في مجال الزواج بين جنسين مختلفين سعيا منه للتخفيف من حدة النزاعات القانونية على حساب القانون الوطني طالما هناك مبدأ النظام العام الذي يقيد من سلطته في الاجتهاد والذي يكون واجب الاستعمال كلما كان هناك قانونا أجنبيا واجب الاختصاص يمس به. وما يؤكد موقفنا هذا هو الفراغ الاجتهادي القضائي الملحوظ.

[1] - D.Lockak, **« Le mariage des étrangers, analyse des conditions de mariage** in revue groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés, Août, Paris 1994

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com